

A interpretação judicial como instrumento de mutação inconstitucional e o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade

Emanuel de Melo Ferreira

Resumo: As mudanças ocorridas na sociedade refletem a maneira de compreender a Constituição, gerando alterações no sentido e alcance das normas desta. As mutações constitucionais são essas mudanças informais no sentido das normas constitucionais, sem qualquer alteração no texto da Constituição. Quando essas mutações violam a letra da Lei Fundamental, tem-se uma mutação inconstitucional, como a proposta que os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau defendem, a partir da atuação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Assim, o art. 52, X da Constituição Federal teria sofrido uma mutação no sentido de caber ao Senado a mera publicação da decisão do STF, não mais a suspensão da lei, como reza a letra da Constituição. Tal entendimento gera uma série de inconvenientes em torno da interpretação constitucional desenvolvida pelo STF, com a consequente afronta à Constituição e à separação de Poderes.

Palavras-chave: Interpretação constitucional. Mutações inconstitucionais. Controle senatorial.

Sumário: 1 Introdução – 2 Interpretação e autonomia hermenêutica do texto interpretado – 3 Mutações constitucionais e alteração da Constituição – 3.1 Da rigidez às mutações constitucionais – 3.2 A tipologia das mutações constitucionais

– **3.3** Interpretação constitucional e mutações inconstitucionais – **4** O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade – **4.1** Origens históricas da atuação do Senado no controle de constitucionalidade – **4.2** O caráter vinculado ou discricionário da atuação do Senado – **4.3** A natureza do ato senatorial que suspende, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional – **4.4** A adstrição do ato em relação à decisão do STF – **4.4.1** A extensão da expressão “suspensão no todo ou em parte da lei” – **4.4.2** Os efeitos temporais da Resolução – **4.4.3** A possibilidade de a Resolução senatorial desconstituir a coisa julgada inconstitucional – **5** A mutação inconstitucional do art. 52, X – **5.1** Análise crítica das mutações constitucionais e as inconveniências da mutação do art. 52, X – **6** Considerações finais – Referências

1 Introdução

O presente texto nasceu a partir de dúvidas acerca da utilização da interpretação como instrumento para se alcançar uma pretensa mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal de 1988 (CF/88).¹ Tal alteração informal da Constituição, se efetivada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), acarretará, dentre outras variações, uma profunda mudança no papel desempenhado pelo Senado Federal no controle de constitucionalidade.

Essas dúvidas descortinam uma irresignação com a possível utilização da interpretação para se alcançar fins arbitrários, aniquilando a autonomia da hermenêutica, cânone dos mais caros, essencial para se evitar subjetivismos no ato interpretativo. A interpretação, em se desrespeitando dito cânone, passaria de instrumento de libertação para se configurar verdadeira arma da arbitrariedade. Tal autoritarismo ganharia contornos de maior dramaticidade tendo em vista que seria levado a cabo por juízes

da mais alta Corte deste país.

Sendo assim, este artigo pretende analisar como a autonomia do texto interpretado pode ser violada através de uma interpretação sorrateira, desenvolvida, especificamente, no âmbito judicial. Em seguida, buscar-se-á compreender a tipologia das mudanças informais da Constituição, apresentando o fascinante tema das “mutações constitucionais” para se alcançar a resposta a uma cara pergunta: a referida mutação do art. 52, X, não seria, na verdade, uma mutação inconstitucional?

Evidentemente, para apresentar satisfatoriamente uma resposta adequada, serão necessárias apresentações sobre o que a doutrina entende, de um modo geral, sobre mutação constitucional e o papel da interpretação como instrumento para alcançá-la.

Em seguida, o tema exige uma incursão em torno do papel clássico do Senado Federal no controle de constitucionalidade, lançando-se mão da interpretação histórica para se compreender a razão de a Constituição de 1934 ter consagrado, pela primeira vez, a regra que hoje o STF ataca através de sua interpretação. Evidentemente, o papel do Juiz Constitucional como intérprete da Constituição e os limites da interpretação são pontos de investigação obrigatória no presente estudo.

No âmbito jurisprudencial, será dado especial enfoque para a famosa Reclamação Constitucional nº 4.335/AC, a qual debate, justamente, a mutação constitucional em questão. Tendo em vista que o voto do Ministro Eros Grau, adiante analisado, propõe a mudança formal — e não informal — do texto da Constituição através do labor interpretativo, não se pode tachar como terrorismo acadêmico a advertência feita por Martonio Mont’Alverne, Lenio Streck e Marcelo Cattoni no sentido de que a resolução de tal ação pode acarretar um novo dimensionamento não só do controle de constitucionalidade, mas também do poder constituinte, do equilíbrio entre os Poderes e do sistema federativo.²

2 Interpretação e autonomia hermenêutica do texto interpretado

É de conhecimento amplo que a interpretação não se confunde com hermenêutica.³ Sendo esta a teoria científica regulamentadora daquela, tem-se que o objeto da hermenêutica é o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e alcance das expressões em direito, para citar o clássico ensinamento de Carlos Maximiliano.⁴ Já a interpretação, muito além de “olhar as entranhas” do texto, pode servir como poderoso instrumento de libertação do ser humano, mormente quando se está diante da interpretação constitucional.

Tal libertação, dentre tantos outros caminhos, pode ser alcançada através do uso ponderado da interpretação como instrumento de renovação do texto constitucional, notadamente no que se refere aos direitos fundamentais, ante a normatividade básica destes, cujo objetivo elementar é assegurar ao homem o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Para Emilio Betti, conceito fundamental para se entender a hermenêutica e a interpretação é aquele adjacente às formas representativas. Para o autor, quando dado espírito, através de uma certa objetivação, entra em contato com outrem, buscando iniciar um entendimento recíproco, tem-se a primeira necessidade de se proceder à interpretação, a fim de se apreender o sentido e alcance daquela objetivação diante do intérprete.⁵

Tais objetivações estão fixadas numa certa forma representativa. Tal forma deve ser a mais ampla possível, apta a manter o ato externado pelo autor (um gesto, uma obra de arte, uma poesia, ou, mais próximo aos juristas, um texto legal). Por sua vez, a função “representativa” demonstra que, através da forma, outro espírito

clama pela compreensão daquele que se propõe a ouvi-lo (o intérprete).⁶

Qualquer objetivação do espírito pode ser objeto da interpretação, à medida que, através de sua forma representativa, o sujeito entra em contato com o objeto a ser interpretado. A dualidade sujeito/objeto, apesar de refutada pelos cultores da hermenêutica filosófica, como Gadamer e Heidegger, que buscavam a autorrevelação do Ser a partir da interpretação,⁷ mostra-se de extrema importância, principalmente, para o deslinde de questões que envolvem a aplicação de regras constitucionais, como o art. 52, X, já que é no campo dos princípios constitucionais que a hermenêutica filosófica mais tem contribuído.

Para se alcançar tal nobre finalidade, o ato interpretativo não pode ser efetivado de qualquer forma. É muito comum se afirmar que “no Direito tudo cabe”, fazendo-se crer que, através da interpretação, qualquer resultado pode ser alcançado. De fato, a riqueza das expressões jurídicas deve ser fomentada, bem como o debate em torno das mesmas, pois a verdade absoluta e única já causou diversos males ao ser humano, notadamente tendo em vista os horrores do holocausto.⁸

No entanto, um mínimo de objetividade deve ser respeitado, cabendo ao intérprete, ao analisar um texto, respeitar sua autonomia. Emilio Betti, ao analisar as categorias civilistas da interpretação, enuncia diversos cânones hermenêuticos, dentre os quais se destaca, para o tema em análise neste artigo, o cânone da autonomia ou da imanência, assim sustentado pelo autor:

Se as formas representativas que constituem o objeto da interpretação são essencialmente objetivações do espírito e, em particular, manifestações do pensamento, é claro que elas

devem ser entendidas segundo aquele espírito que nelas se objetivou, segundo aquele pensamento que nelas se manifestou, e não segundo um espírito e um pensamento diferentes, tampouco segundo o significado que pode ser atribuído à forma nua quando se fizer abstração da função representativa a que ela serve em relação àquele espírito e àquele pensamento. (...) Em outras palavras: o sentido de que se trata não deve ser introduzido de modo indevido ou subreptício, mas, ao contrário, deve ser extraído da forma representativa. Proporíamos qualificar esse primeiro cânone diretivo de toda interpretação como cânone da autonomia hermenêutica ou cânone da imanência do critério hermenêutico. Com isso, pretendemos dizer que a forma representativa deve ser entendida na sua autonomia, segundo sua própria lei de formação, sua necessidade, sua coerência e sua racionalidade interiores: portanto, deve ser apreciada conforme o critério imanente da exigência, à qual a obra devia responder pelo autor no ato da criação — e não segundo a sua idoneidade para servir a este ou aquele objetivo extrínseco, que ao intérprete pode parecer mais próximo, ou segundo uma tarefa ou um valor objetivo, sim, mas sempre deduzido *ab extra*, com o qual ela possa ser abstratamente comparada, o que, de todo modo, seria um critério de avaliação accidental e de caráter heterônomo.⁹

O cânone da autonomia, portanto, determina que, a fim de se alcançar a objetividade pretendida no ato interpretativo, as formas representativas devem ser compreendidas em relação à mente que as objetivou. Assim o sentido buscado deve, de fato, ser extraído das formas representativas, e não introduzidas nela de modo arbitrário.¹⁰

Deve-se deixar claro que tais proposições do autor não remetem à

vencida tese acerca da interpretação como busca da vontade por trás do ato interpretado, como, por exemplo, ter-se-ia com a busca pela vontade do legislador. O próprio Betti deixa bem claro que o objeto da interpretação não é a vontade, mas a forma como a mesma é exteriorizada.¹¹

Não se pode negar, no entanto, que a inobservância de tal cânone, por vezes, não acarreta maiores transtornos, quando, surpreendentemente, a nova interpretação acaba sendo acolhida por seus destinatários.¹² No entanto, tal característica de fato, constatada posteriormente à interpretação, não tem o condão de infirmar o cânone da autonomia, pois este não pode estar submetido a qualquer condição, cuja ocorrência, como se sabe, é futura e incerta.

Assim, lança-se a seguinte indagação: ao propor a mudança informal do art. 52, X, o intérprete em questão está respeitando a autonomia, segundo sua própria lei de formação e a necessidade, a coerência e a racionalidade interior daquela forma representativa em questão (art. 52, X) ou está, simplesmente e de modo subreptício, privilegiando um objetivo extrínseco àquela norma constitucional, que possa, ao intérprete, parecer-lhe mais próxima?

A complexidade de tal indagação só poderá ser enfrentada após o estudo das mutações constitucionais, especialmente as mutações através da interpretação e da consequente análise da tese sobre a mutação constitucional do art. 52, X.

3 Mutações constitucionais e alteração da Constituição

3.1 Da rigidez às mutações constitucionais

O estudo das mutações constitucionais insere-se num tema mais amplo da teoria constitucional, qual seja, a alteração da

Constituição. Sabe-se que a ampla maioria das Constituições, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, adotou como característica básica a rigidez de seu texto.

Por rigidez deve-se entender aquele texto constitucional que é dotado de um critério mais dificultoso, em relação às leis infraconstitucionais, para ser alterado. A rigidez constitucional determina a supremacia da Constituição, pois, se há no ordenamento uma norma incapaz de ser alterada por uma norma ordinária, aquela, necessariamente, tem de ser superior a esta.

Evidentemente que, até agora, não se disse nenhuma novidade, estando os conceitos de rigidez e supremacia constitucionais bem solidificados na doutrina. Uma advertência mais ou menos original, no entanto, pode ser feita no ponto, procurando afastar um equívoco que tenta identificar a rigidez constitucional com a existência de cláusulas pétreas no texto magno. Indo direto ao ponto, a mera existência de normas constitucionais que não podem ser alvo de emendas tendentes a aboli-las não caracteriza a rigidez constitucional, pelo menos não por si só.

É plenamente possível ter-se uma Constituição que preveja a existência de cláusulas pétreas e, por outro lado, admita que, no tocante às suas demais disposições, a formalidade necessária para alterá-las seja idêntica à elaboração de uma lei ordinária. Assim, tal Constituição albergaria verdadeiros limites materiais ao poder de reforma. No entanto, tal reforma não demandaria um procedimento mais solene para a mudança formal desse texto. Percebe-se, portanto, como a rigidez constitucional não é uma decorrência lógica da existência de cláusulas pétreas num dado texto constitucional.

As referências às cláusulas pétreas apresentam sua razão de ser quando se tem em mente a mudança da Constituição. Como dito anteriormente, as mutações constitucionais estão inseridas no amplo estudo da alteração da Constituição, pois, elas,

verdadeiramente, determinam uma mudança informal sobre as normas constitucionais, deixando intacto seu texto.

A ideia em torno das mudanças informais ou difusas, de resto adiante aprofundada, contrapõe-se ao qualquer processo formal de mudança da Constituição. Entende-se por processo formal de mudança aquele previsto no próprio texto constitucional, que, dependendo da rigidez do mesmo, pode ser mais ou menos solene. A mudança formal da Constituição pode se dar através da reforma ou da revisão constitucional.

Nesse sentido, faz-se necessária a citação de um dos clássicos estudiosos do tema, Jellinek, para quem a conceituação de reforma e da mutação constitucional foi assim desenvolvida:

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación.¹³

Atendo-se à realidade constitucional brasileira, o processo de reforma constitucional é concretizado através da promulgação, pelas Mesas da Câmara e do Senado, das Emendas à Constituição, espécie normativa prevista no art. 59 da CF/88. Em apertada síntese, tem-se que tais Emendas podem ser editadas após a aprovação de seu texto, por uma maioria qualificada de três quintos, por parte dos membros da Câmara e do Senado, após votação em dois turnos. A esse limite procedimental dito objetivo, some-se um limite subjetivo ao poder de reforma, caracterizado no

fato de somente o Presidente da República, no mínimo um terço dos membros do Senado ou Câmara e a maioria das Assembleias Legislativas (incluindo a Câmara Legislativa do Distrito Federal), manifestando-se através da maioria simples de seus membros, serem os sujeitos constitucionalmente autorizados para deflagrar o processo legislativo tendente a elaborar uma Emenda Constitucional.¹⁴

Some-se, ainda, os limites circunstancias e implícitos ao poder de reforma e estará configurado o tortuoso caminho para se promover uma alteração formal no texto da Constituição. Através do primeiro, tem-se que a Constituição não pode ser alterada na vigência do estado de sítio, do estado de defesa e da intervenção federal. Através da segunda, busca-se evitar uma fraude ao Poder Constituinte Originário, vedando-se qualquer alteração na forma de se processar a edição das Emendas, como, por exemplo, alterações que suprimam o art. 60, §4º, os sujeitos que podem deflagrar o processo e a votação necessária para se efetivar a alteração.¹⁵

A revisão constitucional, por sua vez, apresenta caráter mais amplo, em contraposição à especificidade atinente às emendas constitucionais. Nos termos da CF/88, tem-se que o Congresso Nacional poderia se reunir, em sessão unicameral, para promover a revisão da Constituição, através da maioria absoluta de seus membros, após cinco anos de promulgação da Constituição.¹⁶

Diante de tão complexo quadro, o qual foi meramente descrito acima, não é de se surpreender a afirmação feita pela doutrina no sentido de que, quanto mais difícil é a alteração formal de uma Constituição, mais este texto estará sujeito a experimentar as mutações constitucionais.¹⁷

Diz-se isso porque as mutações constitucionais configuram-se como caminhos de oxigenação do texto constitucional, atualizando-

o de acordo com a evolução dos valores vivenciados na sociedade sem, no entanto, fazer com que haja qualquer mudança no texto da Constituição.¹⁸

Quando se constata a possibilidade de se alterar o sentido das expressões constitucionais sem alterar seu texto, de maneira que pouco importa a intenção ou consciência de se efetivar tais mudanças, tem-se um problema constitucional que perpassa, inegavelmente, pela dualidade entre normas e fatos, entre a realidade fática e a normatividade constitucional.

As mutações constitucionais foram percebidas pela doutrina, pela primeira vez, a partir da Constituição alemã de 1871, que sofreu diversas mudanças informais nas suas instituições.¹⁹

O universo das mutações constitucionais descortina uma série de questionamentos intrigantes, como os referentes à tipologia das mutações, seu modo de ocorrência e a consequente existência das mutações inconstitucionais. Adiante, tais especificidades serão abordadas, dando especial enfoque para as mutações através da interpretação constitucional judicial.

3.2 A tipologia das mutações constitucionais

Deve-se, primeiramente, fazer um alerta no sentido de que não há um rol taxativo e acabado das modalidades de mutações constitucionais. Os autores, de um modo geral, não são acordes quanto ao ponto, apresentando as mais diversas classificações possíveis. De todo modo, tem-se que, apesar das variadas classificações, há uma convergência em torno da interpretação como modalidade de mutação em todas elas, o que vai ao encontro do presente estudo, que tem por objetivo analisar, especialmente, a interpretação constitucional como instrumento das mutações.²⁰

Assim, segundo Hsü Dau-Lin, há quatro modalidades de mutação: 1) mutação constitucional mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; 2) mutação constitucional mediante a impossibilidade de exercer certos direitos consagrados constitucionalmente; 3) mutação constitucional mediante uma prática estatal contraditória com a Constituição; e 4) mutação constitucional mediante interpretação.²¹

De acordo com a primeira modalidade, pode ocorrer mutação constitucional através de uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição. Nesses casos, há um acontecimento, um fato, para o qual não há norma constitucional específica para regê-lo. Trata-se de um típico caso de lacuna constitucional. Do mesmo modo que as leis em geral, a Constituição pode muito bem apresentar lacunas, as quais devem ser preenchidas pelos métodos integrativos conhecidos, como a analogia, costumes e os princípios gerais de direito, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Não se trata de fazer a Constituição orbitar em torno de tal norma infraconstitucional, mas sim de, reconhecendo a constitucionalidade de tal dispositivo, aplicar sua razão de ser quando se têm em vista as lacunas constitucionais. O preenchimento de tais omissões ensejará uma mutação constitucional.²²

Através da segunda modalidade, tem-se uma aproximação com o drama das constituições que não conseguem se fazer efetivas. Assim, tem-se mutação constitucional ante a impossibilidade fática de se exercitar um direito constitucionalmente previsto. Assim, os direitos consagrados a certos sujeitos se perdem diante do não exercício deles, fazendo com que os artigos da Constituição já não mais correspondam à realidade jurídica.²³ Tem-se, portanto, uma situação na qual há norma jurídica sem uma realidade subjacente.

Com a terceira modalidade de mutação, tem-se uma das formas de manifestação das mutações inconstitucionais. Assim, tal ocorre

quando uma prática constitucional contradiz, claramente, um preceito constitucional, seja através de ato do legislativo, executivo ou judiciário.²⁴ A mutação ocorrerá se os mecanismos de controle de constitucionalidade forem ineficazes, deixando perdurar tal estado de coisas. As mutações inconstitucionais serão adiante aprofundadas, tendo em vista a importância do tema para o presente texto.

Finalmente, a mutação constitucional pode ocorrer através da interpretação, mediante a atribuição de um sentido novo às disposições constitucionais, atualizando a norma através de interpretação evolutiva, deixando indene o texto. Também pela importância das discussões específicas no ponto, abrir-se-á mais espaço para a mesma.²⁵

3.3 Interpretação constitucional e mutações inconstitucionais

Anteriormente foram apontadas linhas gerais sobre hermenêutica e interpretação, dando especial enfoque ao cânone da autonomia. Neste momento, serão tecidas considerações específicas sobre a interpretação constitucional e como esta pode instrumentalizar a ocorrência de mutações inconstitucionais.

Estudar a interpretação constitucional e seus fundamentos é analisar a insuficiência interpretativa proposta pelos métodos da hermenêutica jurídica clássica no tocante a apreensão do sentido e alcance das normas constitucionais. Ocorre que os métodos interpretativos clássicos aplicam-se com inteireza somente em relação às normas estruturadas em regras — normalmente normas infraconstitucionais — de modo que relativamente às normas principiológicas — normalmente normas constitucionais — outros mecanismos ou princípios de interpretação deverão ser utilizados, tamanha a particularidade dessa espécie de norma. Os referidos

princípios, por sua vez, serão enunciados pela Nova Hermenêutica Constitucional.

Advirta-se, desde já, que os métodos clássicos de interpretação, apesar de insuficientes, não são totalmente olvidados quando da análise de um princípio, de modo que o intérprete ainda poderá socorrer-se da interpretação gramatical, histórica, sistemática ou teleológica. Eles, no entanto, mostrando-se incapazes de apreciar com inteireza e concretude a consagração de um valor inerente às normas principiológicas.

Entender o Direito como sinônimo de lei é um reducionismo empobrecedor e perigoso. Empobrecedor porque exclui todo um complexo normativo que não advém unicamente do Estado e, inegavelmente, constitui Direito, como as normas costumeiras ou jurisprudenciais. É também perigoso, pois atribui ao Direito um formalismo exacerbado, diminuindo sobremaneira sua amplitude, à medida que deixa de lado as outras fontes do Direito, tornando-o mera criação estatal e verdadeiro fantoche nas mãos dos governantes. Esse reducionismo chama-se monismo.

A Escola de Exegese foi a grande mestra desse pensamento, à medida que fora criada para interpretar o Código Civil Napoleônico, defendido arduamente como uma realidade atemporal, imutável e completa, só admitindo, assim, a interpretação literal. Com o passar do tempo, as mudanças sociais começavam a surgir, e as lacunas do Código se tornavam mais evidentes. Inicialmente, tentou-se mascarar sua lacunosidade com o uso da analogia, mas depois se tornou evidente a precariedade do pensamento monista, abrindo espaço para uma teoria muito mais inteligente e humilde, que foi o dualismo. Assinala Arnaldo Vasconcelos:

A diferença maior reside em que, enquanto para o monismo o Direito é reduzido ao sistema jurídico do Estado, para o

pluralismo o ordenamento jurídico alcança, a par do sistema estatal, vários outros sistemas, criados pelas sociedades e associações, como a Igreja, o sindicato e o clube esportivo.²⁶

A humildade decorre do reconhecimento verdadeiro da hegemonia da lei como fonte do Direito, o que decorre do princípio constitucional da legalidade, conquista importantíssima da humanidade, e a inteligência está em não atribuir exclusividade a essa fonte do Direito.

Partindo do reconhecimento dessa hegemonia, tem-se o surgimento dos Estados Legalistas, cujos governantes pautavam suas ações na lei, submetendo-se a elas. O constitucionalismo, à época, era relegado a segundo plano, à medida que se via na lei o instrumento garantidor de todos os direitos, sendo ela capaz de garanti-los contra os arbítrios estatais. A igualdade era vista sob aspecto formal e as liberdades entendidas negativamente, só se podendo fazer o que a lei não proibia.

Com o surgimento de ditaduras amparadas na legalidade, sobretudo durante o regime nazifascista, fica clara a fragilidade da lei no tocante à proteção aos direitos. Havia de se pensar uma maneira de proteger os direitos fundamentais dos autoritarismos do Estado. Surge, então, o Estado Constitucionalista ou Estado Democrático de Direito, consagrando a Constituição como lei fundamental capaz de enunciar princípios garantidores dos direitos fundamentais, os quais encontrariam proteção, até mesmo, se determinada lei infraconstitucional tentasse feri-los. Dessa forma, a igualdade passa a ser considerada materialmente, com o Estado realizando ações tendentes a diminuir as desigualdades sociais, tratando os desiguais desigualmente.

Os princípios consagrados pela Constituição teriam caráter de normas vinculantes para todos os poderes, não subsistindo a

antiga concepção que os defendia como meros conselhos aos governantes. Esse *status* adquirido pelos princípios em contraponto às regras, bem como o aspecto político todo especial que a norma constitucional possui,²⁷ tornou necessário o surgimento de uma Nova Hermenêutica capaz de apreender com inteireza a enunciação de um valor, inerente às normas principiológicas.

Assim, princípios de interpretação especificamente constitucionais são enunciados em massa pela doutrina constitucional contemporânea. Assim, princípios como os da força normativa da Constituição, da unidade da Constituição, da harmonização ou da concordância prática, da máxima efetividade, da interpretação conforme a Constituição, do efeito integrador, da conformidade funcional, da proporcionalidade, da razoabilidade e da presunção de constitucionalidade das leis são constantemente enunciados como instrumentos para a decisão de questões constitucionais, mostrando-se aptos a aparelhar a interpretação constitucional.

A par de tais princípios, ainda se pode mencionar os métodos de interpretação especificamente constitucionais, como o método científico-espiritual, método hermenêutico-concretizador, método normativo-estruturante e método tópico-problemático como guias para se trilhar o caminho da interpretação/aplicação/concretização da Constituição, dando cada vez mais liberdade ao intérprete no momento de decidir.²⁸ Evidentemente que a presente investigação só poderia mesmo nominar tais princípios e métodos, já que o estudo específico deles não cabe neste texto.

A partir de tal apresentação, no entanto, pode-se repetir a advertência feita por Inocêncio Mártires Coelho, no sentido de que, se tais princípios e métodos, como dito, atribuem cada vez mais liberdade ao intérprete, essa liberdade tem de ser objetivamente vinculada à correção e à justiça da decisão, sob pena de se ter um perigoso decisionismo, necessariamente subjetivo e arbitrário.

Nesse sentido:

Não deve o intérprete, pelo menos o julgador, partir de resultados preconcebidos e, para legitimá-los, afeiçoar a norma aos seus preconceitos com uma pseudo-argumentação, pois se agir dessa maneira a inversão do itinerário do raciocínio acabará desqualificando a avaliação dos resultados como parâmetro de controle da interpretação.²⁹

É marcante a especial referência feita pelo autor em relação ao intérprete como julgador. O juiz constitucional, ou seja, o juiz que interpreta e aplica a Constituição, desenvolve um labor ou, pelo menos, deveria desenvolver, repleto de um alto teor existencial. Diz-se isso porque tal juiz, num Estado Democrático de Direito, é o verdadeiro elo entre o Direito e a sociedade, pois, aplicando a Constituição, o Direito se abre para aquela. Isso só é possível, no entanto, se o juiz vivencia os valores presentes na sociedade, daí o caráter marcadamente existencial de sua interpretação jurídica.³⁰

Já se é possível admitir que a interpretação constitucional pode, facilmente, acarretar mutações inconstitucionais. Mas o que são as mutações inconstitucionais? São aquelas mudanças no sentido e alcance das disposições constitucionais que violam a letra da Constituição. Na medida em que violam disposição expressa do texto constitucional, tal mutação não pode subsistir, devendo ser corrigida através do controle de constitucionalidade. Anna Candida da Cunha Ferraz faz as seguintes ponderações sobre o tema:

Não se pode desconhecer, na prática, que os processos informais de mutação constitucional, podem, facilmente, desbordando os limites que lhes são impostos, resvalar para mudanças verdadeiramente inconstitucionais que persistem, de fato, diante da inexistência ou ineficácia de um controle de constitucionalidade.

Por outro lado, a experiência constitucional reverá outras modalidades de processos informais, que conduzem também a mudanças não admitidas pela Constituição. A inconstitucionalidade desses processos, nesses casos, decorre principalmente da ideia de que a Constituição nasce para ser aplicada e que qualquer obstáculo que se anteponha à sua efetiva aplicação é incompatível com ela.

Esses dois grupos de processos informais são reunidos sob a denominação comum de mutações inconstitucionais.³¹

Tendo em vista o aspecto prático do estudo proposto neste artigo, referente especialmente à mutação constitucional do art. 52, X da CF/88, muitos dos temas centrais das mutações constitucionais serão tratados adiante, quando do estudo específico dessa mutação. Adotou-se tal método partindo da premissa de que, as questões teóricas, quando confrontadas com algum aspecto prático, tornam o aprendizado mais fácil. Assim, os temas atinentes aos limites da mutação constitucional, sua relação com o controle de constitucionalidade e demais apontamentos críticos sobre a mesma, serão abordados quando da análise da mutação específica a ser estudada. No mais, os dizeres de Robert Alexy no sentido de ser o Direito uma ciência eminentemente prática tornam ainda mais lícita a metodologia ora proposta.³²

4 O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade

O estudo do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade é um dos mais férteis em sede de controle de constitucionalidade. Um esclarecimento prévio necessário, no entanto, demonstra que tal atuação só tem razão de ser nos casos de declaração incidental de inconstitucionalidade por parte do STF. Em tais casos, a decisão do STF, classicamente, não possui eficácia *erga omnes*, cabendo ao Senado, em acolhendo a decisão, atribuir tal eficácia ao julgado. Quando se trata de controle concentrado de constitucionalidade, a atuação do Senado não se faz necessária, pois, nesse caso, já se tem um ataque à lei em tese, sendo consectário lógico dessa decisão a atribuição da eficácia *erga omnes* à decisão.

Diversas questões sobre a atuação daquele órgão político chamam a atenção dos estudiosos,³³ como, por exemplo: 1) as razões históricas propiciadoras dessa peculiar parceria entre Poder Judiciário e Poder Legislativo; 2) o caráter vinculado ou discricionário da atuação do Senado; 3) a natureza do ato que suspende, no todo ou em parte, a eficácia da lei declarada inconstitucional; 4) sua adstrição em relação à decisão do STF, analisando-se: 4.1) a extensão da expressão “suspensão no todo ou em parte da lei”; 4.2) os efeitos temporais de tal ato; 4.3) a possibilidade de o mesmo desconstituir a coisa julgada inconstitucional.

Evidentemente, tais pontos não poderão ser aqui aprofundados com a calma devida, mas serão estudados na medida possível para o deslinde dos problemas propostos.³⁴

4.1 Origens históricas da atuação do Senado no controle de constitucionalidade

A primeira Constituição a prever tal papel do Senado foi a de 1934. Assim, tal Constituição é apontada como um marco na evolução do controle de constitucionalidade brasileiro rumo ao controle direto. Paulo Bonavides aponta quatro inovações trazidas naquele texto que justificam a reputação daquela Constituição: 1) criou-se a “cláusula de reserva de plenário”, através da qual um tribunal só poderia declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo mediante voto da maioria absoluta da totalidade dos juízes; 2) a competência atribuída ao Senado Federal para suspender a execução total ou parcial de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, cuja inconstitucionalidade tivesse sido declarada pelo Poder Judiciário; 3) a previsão da representação interventiva, de competência do Procurador-Geral da República, que condicionava a eficácia da intervenção à constitucionalidade da lei que a previsse, em face da inobservância dos princípios sensíveis por parte do Estado-membro; 4) a instituição do mandado de segurança “para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”.³⁵

A segunda inovação apontada apresenta especial importância para esta pesquisa, tendo em vista as atuais mudanças em torno de sua interpretação. Fazendo uma interpretação histórica da regra, tem-se que a justificativa para sua criação fora a falta de eficácia *erga omnes* das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. Com a suspensão pelo Senado, tal efeito seria atribuído à decisão, fazendo com que essa Casa Legislativa funcionasse como uma espécie de parceiro do STF no controle de constitucionalidade. É justamente o papel do Senado nessa parceria que gera controvérsias hodiernamente.

4.2 O caráter vinculado ou discricionário da atuação do Senado

Outro tema interessante diz respeito à possibilidade de o Senado Federal não proceder à suspensão da execução da lei, mesmo diante da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF. Assim, estaria o Senado vinculado à decisão do STF? No tocante à decisão de se suspender ou não, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional, não há qualquer vinculação, como aponta o próprio STF.³⁶ Tal posição é defendida em homenagem à separação, harmonia e equilíbrio entre os Poderes, sendo, assim, uma decisão discricionária do Senado atuar de acordo com o art. 52, X. No entanto, há vinculação do Senado ao mérito da decisão do STF, quanto à declaração total ou parcial de inconstitucionalidade, como adiante explorado no último ponto desta explicação.

Interessante ponderação acerca dessa discricionariedade do Senado é feita por Alvacir Alfredo Nicz e Antônio Claudio Korikoski Junior, para quem o Senado não gozaria de tal discricionariedade, uma vez que responsável, em parte, pela edição da lei inconstitucional, deixando de realizar um controle efetivo de constitucionalidade quando da análise do texto na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Nesses termos, os autores apontam que:

De fato, se a norma declarada inconstitucional passou despercebida pelo controle preventivo exercitável pelo próprio Senado Federal na fase de tramitação do projeto de lei, não parece razoável admitir que ele mesmo, responsável em parte pela introdução de uma lei eivada de inconstitucionalidade, aprecie a conveniência da suspensão de sua execução. Pensar dessa forma significa anular o necessário *checks and balances*, ou freios e contrapesos, inerentes à divisão de funções estatais.³⁷

Esses engenhosos argumentos, no entanto, encontram as seguintes objeções. Primeiramente, o *venire contra lictum proprium* proposto pelos autores, no sentido de que o Senado estaria adotando uma conduta contraditória em ter a opção acerca do exercício de sua competência prevista no art. 52, X, já que, anteriormente, tinha entendido pela constitucionalidade da lei, esbarra no fato de se ter em vista a atuação de um órgão colegiado, cuja composição no momento da análise da decisão do STF, muito provavelmente, não será mais a mesma quando da análise anterior do texto na Comissão. Mesmo sabendo que o mandato dos Senadores é de oito anos, há renovação de pelo menos um terço deles de quatro em quatro anos. Assim, o Senado que anteriormente entendeu por constitucional uma lei pode, muito bem, mudar sua opinião, tal qual ocorre nas viragens jurisprudenciais, de resto mais demoradas quando se trata de um órgão composto por membros vitalícios.

Ora, se tais mudanças de entendimento jurisprudenciais são admitidas até mesmo como saudáveis, constituindo forma de atualizar o texto constitucional, quando advindas do STF, composto por Ministros vitalícios, porque não se adotaria o mesmo raciocínio em relação ao Senado Federal, cuja rotatividade de seus membros colaboraria ainda mais para tais inovações? Assim, a mesma razão de ser deve ser adotada para a atuação do Senado no caso.

Além disso, deve-se reconhecer a liberdade do Senado Federal para analisar a firmeza da decisão proferida pelo STF. Quando se tem em vista uma decisão por seis a cinco, ou mesmo por um placar não tão apertado, aquele órgão legislativo pode muito bem, a fim de trazer segurança jurídica, aguardar por uma orientação mais firme da Corte Suprema, a fim de evitar a ocorrência de decisões contraditórias.³⁸

4.3 A natureza do ato senatorial que suspende, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional

O ato senatorial em questão é uma Resolução, prevista no art. 59 da CF/88, não havendo maiores controvérsias quanto ao ponto, já que aquela é mesmo a espécie normativa emanada das Casas Legislativas, no exercício de suas competências constitucionais exclusivas.³⁹

Polêmica há quando se tem em mente a natureza jurídica do conteúdo dessa Resolução, ou, em outros termos, o que se deve entender por suspensão, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional?

No termo “suspensão”, no ponto, tem o mesmo sentido que revogação. Diz-se isso porque, se aquela expressão fosse admitida em seu sentido usual, ou seja, como algo que, após certo período de tempo, poderia voltar a produzir efeitos, ter-se-ia que admitir a possibilidade de o Senado Federal revogar sua Resolução, o que não se afigura possível.⁴⁰ Assim, se tal suspensão levada a cabo pelo Senado não pode ser desfeita, tem-se uma suspensão definitiva. Se é definitiva, equivale à revogação.

A objeção quanto à impossibilidade de um ato senatorial revogar lei que fora aprovada não só pelo Senado, mas também pela Câmara, não pode subsistir, pois tal regime diferenciado foi proposto pelo próprio Poder Constituinte Originário. Assim, normalmente tal objeção seria válida, não fosse as peculiaridades impostas nas normas originárias da Constituição.⁴¹

Tal regime constitucional diferenciado também serve para justificar a possibilidade de a resolução senatorial suspender a execução de lei estadual ou municipal, a par das federais, como decorrência

lógica do papel do Senado como órgão da Federação. Além disso, a expressão “lei” não deve ser compreendida em seu sentido formal, abarcadas também as demais modalidades normativas, como os decretos legislativos, medidas provisórias, tratados, etc.⁴²

4.4 A adstrição do ato em relação à decisão do STF

Mesmo reconhecendo-se o elevado papel do Senado Federal como órgão político, não se pode conceber uma atuação sem limites do mesmo, pois também há de se respeitar a função desempenhada pelo STF como guardião da Constituição. A fim de equilibrar a atuação de ambos, indaga-se em que medida a Resolução do Senado está vinculada à decisão do STF. Diga-se, desde já, que não se trata de qualquer decisão do STF em sede de controle incidental, mas sim de uma decisão definitiva, nos termos do art. 52, X, pelo que se excluem as decisões liminares eventualmente concedidas.⁴³

Desse modo, estudar-se-á no ponto se a Resolução pode suspender totalmente uma decisão que declarou a inconstitucionalidade parcial de uma lei ou, ao contrário, se é lícito ao Senado suspender parcialmente uma lei declarada totalmente inconstitucional. Além disso, inquirir-se-á quais os efeitos temporais do ato, bem como a possibilidade de o mesmo desconstituir a coisa julgada inconstitucional.

4.4.1 A extensão da expressão “suspensão no todo ou em parte da lei”

Nos termos do art. 52, X da CF/88 cabe ao Senado Federal suspender, no todo ou em parte, a execução de lei declarada

inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A doutrina diverge quanto à extensão dessas expressões.

Para Michel Temer, citado por Clèmerson Merlin Clève, o Senado poderia suspender em parte a execução da lei declarada totalmente inconstitucional pelo STF, mas não poderia suspender totalmente a lei declarada parcialmente inconstitucional. Michel Temer chega a essa conclusão partindo da premissa de que as expressões “no todo ou em parte” estão presentes nas disposições pertinentes ao veto presidencial, o que faz com que o Chefe do Poder Executivo tivesse a discricção sobre a dimensão do veto, devendo-se aplicar a mesma razão ao Senado Federal no art. 52, X.⁴⁴

Por outro lado, para autores como José Afonso da Silva, a Resolução senatorial tem de guardar total adstrição com a decisão do STF. Assim, se a decisão declarou a inconstitucionalidade total, a Resolução deve suspender a lei no todo. Por outro lado, se a decisão foi pela parcial inconstitucionalidade, a resolução deve suspender parcialmente a lei.⁴⁵ Assim, apesar de, pela leitura isolada do art. 52, X, poder-se pensar na liberdade do Senado para escolher, discricionariamente, sobre a suspensão total ou parcial, tem-se que as expressões, na verdade, devem ser compreendidas em consonância com o que disposto na decisão do STF.

A segunda posição é a mais acertada. A inteligente analogia proposta por Michel Temer e seguida por Clèmerson Merlin Clève, esbarra no seguinte óbice: tanto o controle de constitucionalidade exercido pelo Presidente da República no veto quanto pelo Parlamento, na eventual derrubada daquele, são controles políticos. Tendo tal característica, não há mesmo de se cogitar eventual vinculação, até mesmo por questões de harmonia e separação entre os Poderes. A saber: a elaboração da lei pelo Parlamento tem a mesma respeitabilidade que eventual veto do

Presidente, no todo ou em parte, já que ambos estão desempenhando papel político.

A situação é diversa quando se tem em mente o controle de constitucionalidade levado a cabo pelo STF, que é, inegavelmente, jurídico. Assim, não há uma mesma razão de ser entre as duas situações, pois, como se sabe, é marca essencial da jurisdição a definitividade de suas decisões e a imperatividade das mesmas, que devem ser cumpridas na sua exata medida, sob pena de, em assim não se procedendo, aquele que descumprir tal decisão acabar por se converter, de fato, no juiz último da causa. Desvirtua-se, assim, por completo o sistema de controle de constitucionalidade proposto pela Constituição, que tem o STF como seu guardião.

Assim, se o Senado suspende “no todo” quando na verdade o deveria fazer “em parte”, tem-se uma violação à decisão do STF, atacável através de Reclamação Constitucional, como forma de manter a autoridade daquela Corte Suprema.

4.4.2 Os efeitos temporais da Resolução

A doutrina majoritária aponta que a Resolução do Senado tem efeitos *erga omnes* e *ex nunc*, à medida que daria eficácia geral à decisão do STF, mas não poderia retroagir para alcançar situações anteriores àquela Resolução. Assim, se a decisão do STF no controle concreto tem efeitos *inter partes* e *ex tunc*, a Resolução teria efeitos *erga omnes* e *ex nunc*.

Tal concepção, no entanto, merece ponderações. Na verdade, a retroatividade ou não da Resolução também está atrelada à decisão do STF. Se esta deixar expressa a retroatividade, a Resolução assim também se comportará. Evidentemente, a retroatividade não pode prejudicar o direito adquirido validamente,

o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, bem como qualquer outro bem jurídico que, concretamente, afigure-se de maior peso numa eventual ponderação.⁴⁶

O fato de a Resolução poder retroagir não infirma a natureza de ato revogatório ínsito à mesma, como anteriormente apontado. Mesmo uma lei revogadora pode, eventualmente, retroagir, como ocorre com a lei penal mais benéfica. Nesse sentido, André Dias Fernandes aponta que:

Exemplo de resolução senatorial *retroativa*: a resolução que revoga (= suspende a eficácia de) *lei penal incriminadora*. Por ser mais *benéfica* ao acusado/réu do que a norma incriminadora, já que a *revoga (abolitio criminis)*, a *Lex Fundamentalis* impõe a sua *retroação* (art. 5º, XL). Não deve causar espécie, portanto, a *potencial* retroatividade da *resolução* senatorial pelo fato de esta possuir caráter revogatório, assim como não causa estranhez alguma a retroatividade das *leis* penais abolitivas de crime (mais benéficas que as incriminadoras).

O que determinará se a resolução produzirá efeitos retroativos ou apenas *pro tuturo* será o *próprio acórdão do STF*. A resolução tem de guardar *simetria* com ele. Se o acórdão do STF operar efeitos *ex tunc*, produzi-los-á por igual a resolução senatorial. Se o acórdão do STF produzir efeitos meramente *ex nunc*, gerá-los-á talqualmente a resolução senatorial. O Senado não tem competência constitucional que lhe permita *restringir* ou *dilargar a eficácia temporal* da decisão do STF. A tanto não vai o seu juízo de conveniência e oportunidade.⁴⁷ (destaques de acordo com o original)

Percebe-se, portanto, mais uma necessidade de compatibilização que se deve ter entre a Resolução senatorial e a decisão do STF.

4.4.3 A possibilidade de a Resolução senatorial desconstituir a coisa julgada inconstitucional

Finalmente, deve-se assentar a impossibilidade de o ato em estudo desconstituir a coisa julgada inconstitucional, pela razão de que a Resolução, tal qual a decisão do STF, não possui efeitos desconstitutivos, mas sim declaratórios. Assim, não é efeito automático da decisão do STF a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, a saber, se esta não for desfeita voluntariamente pelas partes, só será possível tal desfazimento através de ação rescisória.

Se nem a decisão do STF tem o condão de desconstituir automaticamente a coisa julgada inconstitucional, também não o pode fazer a Resolução do Senado, em face da adstrição que esta tem de ter àquela.⁴⁸

5 A mutação inconstitucional do art. 52, X

O estudo deste ponto demanda a análise da tese desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes e encampada, de modo até mais radical, pelo Ministro Eros Grau, quando do julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC.

Desse modo, tem-se que o Ministro Gilmar Mendes publicou artigo sobre o tema,⁴⁹ defendendo a mutação constitucional do art. 52, X da CF/88, tendo em vista diversas alterações na ordem jurídica constitucional que tornariam tal dispositivo notadamente obsoleto, cabendo-lhe uma nova configuração.

Após a análise das razões históricas que justificaram a criação dessa regra na Constituição de 1934, como visto anteriormente, bem como as diversas vacilações doutrinárias em torno do real alcance da norma, Gilmar Mendes aponta os argumentos que

justificariam essa viragem jurisprudencial, já que ao Senado Federal, como dito, não mais caberia o papel de suspender total ou parcialmente a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, cabendo-lhe, somente, publicar o acórdão do STF. Segundo o Ministro:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes — hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, de valer tão-somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica. Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada dessa ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há que se cogitar aqui de

qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias. Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de uma dada expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário. Aqui o Supremo Tribunal não afirma propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que uma dada interpretação é compatível com a Constituição, ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de um complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta – redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em uma interpretação conforme à Constituição não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Mencionem-se, ainda, os casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração.⁵⁰

Assim, diante das dificuldades apontadas, concernentes nas inovações trazidas pela jurisprudência do STF no tocante à técnica de decisão de nulidade parcial sem redução de texto, na aplicação do princípio da interpretação conforme a Constituição, é incabível pensar na intervenção do Senado tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade, no primeiro caso, ou de constitucionalidade, no segundo, referíveis a um sentido dado à norma impugnada.

A mencionada Reclamação nº 4.335/AC⁵¹ foi ajuizada tendo em vista a pretensa ofensa à autoridade da decisão do STF proferida no HC nº 82.959/SP.⁵² Neste HC, o STF declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime dos crimes hediondos (art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/90),

também aplicando a modulação temporal de efeitos da decisão prevista no citado art. 27 da Lei nº 9.868/98. Percebe-se, assim, como um instrumento específico do controle abstrato de constitucionalidade foi utilizado em sede de controle concreto.

Com o ajuizamento da Reclamação nº 4.335/AC, surgiu a dúvida sobre os efeitos vinculantes e eficácia contra todos da decisão no HC nº 82.959/SP. Tal reclamação fora ajuizada pela Defensoria Pública da União, tendo em vista decisão de juiz do Estado do Acre que negara a progressão de regimes com base na decisão do referido HC, alegando que para esta apresentar efeitos *erga omnes*, o procedimento previsto no art. 52, X da Constituição teria de ser respeitado. Como o Senado Federal ainda não se manifestara, a decisão proferida naquele HC só teria efeito *inter partes*. A reclamante alegou o descumprimento da decisão do STF, pois o efeito vinculante e eficácia contra todos não foram respeitados.

Apreciando a citada reclamação, o Ministro Joaquim Barbosa nem mesmo dela conheceu, enquanto o Ministro Sepúlveda Pertence julgou-a improcedente. Os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes julgaram-na procedente, assentando o efeito *erga omnes* da decisão e sustentando a mutação constitucional do art. 52, X da CF/88. Sendo assim, o papel do Senado Federal, diante da nova interpretação dada a essa norma constitucional, seria a de mero publicador da decisão do STF, já que a eficácia contra todos e o efeito vinculante decorreriam diretamente da própria decisão proferida pela Corte, sem a necessidade de o Senado Federal suspender total ou parcialmente a lei declarada inconstitucional.

O Ministro Eros Grau, em seu voto, aderiu a essa tese, sustentando a mutação constitucional. A seguinte passagem de seu voto ilustra o avanço jurisprudencial proposto:

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.

O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto

[compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal]

a outro texto

[compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo].⁵³

Baseando seu entendimento no respeito que o intérprete deve ter

à tradição das disposições constitucionais, analisadas em sua completude, o autor reitera o caráter obsoleto do art. 52, X, aderindo a uma mutação que também mudaria o texto da Constituição.

5.1 Análise crítica das mutações constitucionais e as inconveniências da mutação do art. 52, X

As mutações constitucionais, como visto, apresentam-se como importantes mudanças informais no sentido das disposições constitucionais, capazes de atualizar seu texto, sem, no entanto, alterá-lo, efetivando uma salutar interpretação evolutiva. Além dessa utilização, as mutações se mostram altamente elogiáveis quando se propõem a integrar o texto constitucional que, com qualquer outro, apresenta omissões.

Assim, seja através da interpretação, dos usos e costumes ou da construção judicial, a mutação é extremamente elogiável, quando se propõe a resolver questões atinentes à atualização e integração do texto constitucional. Indubitavelmente, essas são as maiores vantagens das mutações constitucionais.

A par de serem mudanças de sentido iniciadas a partir de situações de fato, as mutações podem, fácil e perigosamente, acabar descambando para o campo da inconstitucionalidade, como visto no tocante às mutações inconstitucionais. Revisitando o texto clássico de Jellinek, percebe-se que, muitas das mutações constitucionais lá descritas — e essa foi a maior preocupação daquele autor, qual seja, descrever tais mutações, sem uma preocupação mais crítica ou teorizada — são, na verdade, mutações inconstitucionais atinentes à Constituição alemã de 1871, que, dificilmente, subsistiriam diante de um controle de constitucionalidade efetivo. Veja-se, por exemplo, o seguinte exemplo apresentado pelo autor, referente a uma disposição

parlamentar que violava a Constituição:

Otro ejemplo, famoso y más reciente, de una disposición regulamentaria que infringe un precepto concreto constitucional, versa sobre la licitud de las sesiones secretas en el Reichstag. Desde el punto de vista jurídico-político se afirmó la nulidad de las resoluciones adoptadas en una sesión secreta del Reichstag. Ahora bien, si tales resoluciones lograran la aprobación del Bundesrat y las promulgase el Kaiser, no habría ningún medio para convalidar aquélla nulidad.⁵⁴

Ora, deve-se reconhecer que, de fato, na realidade constitucional na qual o texto fora escrito, talvez não houvesse mesmo como se reconhecer a nulidade apontada, referente à inconstitucionalidade formal do regulamento em questão, aprovado em sessão secreta. Nem por isso se deve elogiar e ter como legítima tal mutação, que, na realidade, se mostra manifestação inconstitucional. Não é sem razão, assim, quando se diz que as mutações ocorridas na Constituição alemã de 1871, e estudadas por Laband e Jellinek, poderiam muito bem ter tido um diferente tratamento se já existisse o Tribunal Constitucional.⁵⁵

Não se trata de reconhecer, em qualquer processo de mutação, uma violação ao texto da Constituição, como se as mutações acarretassem, necessariamente, uma infração constitucional. Tal concepção, sustentada pelo positivismo, tenta desqualificar as mutações por elas terem descortinado uma inegável característica do positivismo: sua impossibilidade de acompanhar a riqueza em torno da realidade fática, que é viva e paralela às normas postas.⁵⁶

Como evitar, então, a ocorrência de mutações inconstitucionais,

nos moldes da proposta feita pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau? A questão é complexa, inserindo-se no âmbito dos limites das mutações constitucionais.

Para Uadi Lammêgo Bulos, as mutações constitucionais não possuem limites em termos jurídicos, pelo que são alterações de fato involuntárias e intencionais, podendo apresentar, unicamente, um limite subjetivo, referente à consciência do intérprete em não ir além daquilo prescrito no texto da Constituição.⁵⁷ Se tal limite não é respeitado e, além disso, os mecanismos de controle de constitucionalidade não funcionam, consagrar-se-á a mutação inconstitucional, controlável não juridicamente, mas somente através da manifestação de partidos políticos, grupos de pressão, opinião pública, dentre outros, na esperança que, um dia, tal inconstitucionalidade seja corrigida.⁵⁸

No final das contas, portanto, o apelo tem de ser feito ao intérprete mesmo, para que este, quando no exercício do controle judicial de constitucionalidade (no caso em estudo) respeite a literalidade e autonomia do texto constitucional sob análise. Desse modo, causa especial espanto e insatisfação quando o intérprete em questão é o próprio STF, que almeja levar a cabo uma mutação inconstitucional.

A mutação inconstitucional do art. 52, X apresenta-se sob diversos aspectos. Primeiramente, voltando ao problema proposto quando do estudo do cânone da autonomia hermenêutica, já se pode assentar que, a partir da interpretação proposta pelos Ministros, se tem um flagrante desrespeito àquela autonomia. No ponto, a mutação proposta simplesmente desconsidera a literalidade do texto, pois “suspender” é bem diferente que “publicar”. Seria simplória tal afirmação, não fosse a necessidade que se tem de reafirmar a obrigação do intérprete com o sentido literal do texto.

A interpretação gramatical, em que pese ser a mais pobre das

técnicas, mostra-se como limite do ato interpretativo. Os limites da interpretação apresentam-se como problemas muito além da seara jurídica. Umberto Eco, em seus estudos sobre semiótica, faz uma intransigente defesa do sentido literal do texto interpretado, como forma de se racionalizar a liberdade interpretativa. O autor apresenta uma anedota em torno do Presidente Reagan, que, numa entrevista coletiva, disse que logo iria autorizar um bombardeio à Rússia, tendo, em seguida, desmentido tal alegação sob a afirmação de que estaria brincando.

As diversas interpretações possíveis do ato (simples história de um homem que faz piada; história de um homem que faz piada quando não deve; história de um homem que faz uma piada mas que, na verdade, está emitindo uma ameaça; história de uma trágica situação política na qual até mesmo piadas inocentes podem ser levadas a sério; ou a história de como um enunciado jocoso pode assumir diferentes significados, dependendo de quem o enuncie) só são possíveis, evidentemente, a partir da vinculação do intérprete ao sentido literal.⁵⁹

Ora, é evidente que a tese defendida pelos Ministros não guarda tal compatibilidade. Ao não se respeitar esse importante limite em torno da literalidade do texto, lembrado por praticamente todos os autores que tratam das mutações constitucionais, a autonomia hermenêutica do texto interpretado restou violada, pois o ato interpretativo introduziu um sentido de maneira sub-reptícia no art. 52, X, ao invés de ter extraído tal sentido dele.

Além disso, se é verdade que o art. 52, X encontra-se obsoleto, não menos é notório o fato de que o próprio STF vem, sistematicamente, violando o mesmo dispositivo, ao não respeitar a atuação do Senado Federal.⁶⁰ Essa postura do STF decorre do caráter obsoleto da norma em questão ou o art. 52, X tornou-se obsoleto também por causa da atuação do STF? Acredita-se que a segunda provocação é a mais correta. De fato, as inovações

legislativas em torno da repercussão geral no recurso extraordinário e da súmula vinculante serviram para mitigar a atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade. Tal mitigação afigura-se legítima, à medida que efetivada pelo próprio Poder Legislativo.

No entanto, o que deveria ter sido uma mitigação passa a ser vista por aqueles Ministros como algo capaz de enterrar por completo o art. 52, X. Tal tese é incorreta, pois, mesmo diante dessas mudanças legislativas, há situações não regulamentadas, incapazes de serem alcançadas através da mera mutação proposta. Veja-se, por exemplo, a seguinte passagem desenvolvida por Martonio Mont'Alverne, Lenio Streck e Marcelo Cattoni:

Lembremos, por exemplo, uma decisão apertada de 6 a 5, ainda não amadurecida. Ora, *uma decisão que não reúne sequer o quorum para fazer uma súmula não pode ser igual a uma súmula* (que tem efeito vinculante — e, aqui, registre-se, falar em “equiparar” o controle difuso ao controle concentrado nada mais é do que falar *em efeito vinculante*). E súmula não é igual a controle concentrado.⁶¹ (destaques no original)

Percebe-se como o advento da súmula vinculante não tem o condão de avalizar a tese sobre a mutação proposta. Nos moldes da citação transcrita, como admitir que uma única decisão proferida no controle difuso, por 6 a 5, seja dotada de eficácia contra todos e efeito vinculante se nem mesmo seria possível aprovar uma súmula vinculante a partir de tais condições? Não é possível chegar a tais conclusões a partir da interpretação constitucional, levando em conta as regras constitucionais

vigentes.

Ao se admitir como correta a mutação, apresentar-se-ia uma outra espécie de decisão vinculante, criada exclusivamente pela via interpretativa. Assim, além das súmulas vinculantes, corretamente criadas pelo Poder Legislativo, contando com norma constitucional e lei regulamentadoras específicas, o mesmo tendo ocorrido com o instituto da repercussão geral, ter-se-ia como vinculantes as decisões proferidas no controle difuso pelo STF, sem qualquer regulamentação que viesse preencher os diversos inconvenientes em torno dessa inovação.

Assim, a par das mudanças legislativas que, de fato, mitigaram a atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade, tem-se a atuação do STF também nesse sentido, contribuindo para a caracterização do art. 52, X como obsoleto. Ora, se o STF também contribuiu para tal descaracterização do papel do Senado, não pode essa Corte agora, através de mutação constitucional, declarar o referido caráter obsoleto, sob pena de se estar incorrendo num comportamento contraditório.⁶²

Por todo o exposto, a mutação proposta se afigura como uma clássica mutação inconstitucional, diferentemente do que sustenta o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Eros Grau. O aprimoramento do controle de constitucionalidade, notadamente o difuso, não pode ser levada a cabo, no ponto, pelo STF. Reconhecendo-se que o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade merece ser repensado, tal análise cabe ao próprio Poder Legislativo, por expressa disposição do Constituinte Originário, que utilizou, expressamente o verbo “suspender” e não “publicar”, no texto do art. 52, X.

Feitas todas essas considerações, não há como discordar de Jellinek, quando este afirma que “la doctrina de las mutaciones es mucho más interesante que la de las reformas constitucionales”.⁶³

Ante a riqueza muito mais sociológica que jurídica das mutações, abrindo o estudo jurídico para a realidade dos fatos, tem-se um desafio dos mais enriquecedores para o jurista, sendo um privilégio intelectual poder se debruçar sobre tais temas.

6 Considerações finais

Por tudo que foi apresentado, percebe-se que as mutações constitucionais são importantes instrumentos em prol da atualização do texto constitucional. Seja através da interpretação, dos costumes ou de qualquer outro meio difuso, as mutações corrigem o natural e inevitável descompasso entre a realidade e a normatividade positivada, sem alterar o texto da Constituição.

Como instrumento das mutações, a interpretação joga importante papel no deslinde do sentido e alcance das expressões jurídicas, notadamente as constitucionais. No entanto, ela também pode se converter em instrumento das mutações inconstitucionais, quando o intérprete desrespeita a literalidade e autonomia da forma representativa interpretada. Desse modo, respondendo à questão posta na introdução deste texto, tem-se uma verdadeira mutação inconstitucional do art. 52, X, ante a flagrante violação da literalidade de tal dispositivo.

Em síntese, as diversas inconveniências em torno da mutação proposta, são: 1) a violação à autonomia e à literalidade do art. 52, X; 2) a falta de regulamentação sobre diversos pontos importantes (qual a maioria de votos necessária para se conceber a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante nas decisões proferidas no controle incidental; a possível participação de *amicus curiae*, como forma de dar mais legitimidade ao julgamento; consequências da falta de comunicação do STF ao Senado para que este publique a decisão; consequências da falta de publicação da decisão pelo Senado, uma vez regularmente notificado;

eventual prazo para tal publicação; dentre outros); 3) o desrespeito à separação e à harmonia entre os Poderes; 4) a transformação do STF numa espécie de contínuo Poder Constituinte Originário; e 5) a crença de que o Poder Judiciário é o “principal”. Tais problemas, portanto, levam a crer que a mudança pretendida só poderia mesmo ser efetivada através de Emenda à Constituição, ou seja, formalmente.

Roga-se, assim, que os demais Ministros do STF, quando do julgamento da Reclamação nº 4.335, mostrem-se sensíveis a esses vários problemas apontados neste artigo e reafirmados nesta conclusão, os quais não serão satisfatoriamente respondidos somente através da atuação do Poder Judiciário. É imprescindível a participação do Poder Legislativo no ponto.

Abstract: The changes that society passes have an effect in the manner of comprehending the Constitution, causing some changes also in the meaning of the constitutional norms. The constitutional mutations are these informal changing in the meaning of the constitutional norms, without any alteration in the constitutional text. When these mutations violate that text, occur an unconstitutional mutation, like that one announced by Judges Gilmar Mendes and Eros Grau, referring to the Federal Senate role in the judicial review. According to that thesis, the Senate must just publicize the Supreme Court decision, differently from what the art. 52, X of the Constitution says. Such ideas generate a series of problems in the constitutional interpretation developed by the Supreme Court, because they attack the Constitution and the separation of Powers.

Key words: Constitutional interpretation. Constitutional mutation. Senate control.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAROSSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

Clève, Clèrmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.

ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 2008.

FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIn e ADC*. Salvador: JusPodivm, 2009.

FERRAZ, Ana Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: M. Limonad, 1986. (Série Jurídica Max Limonad, n. 1).

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Nicz, Alvacir Alfredo; Korikoski Junior, Antônio Cláudio. O papel do Senado Federal na jurisdição constitucional brasileira: algumas considerações sobre o artigo 52, inciso X da Constituição Federal à luz da doutrina dos efeitos vinculantes. *Revista Forense*, v. 103, n. 394, nov./dez. 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 21 mar. 2010.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Fazendo breve apresentação, através da mutação proposta pelo Ministro Gilmar Mendes e, de modo ainda mais radical, pelo Ministro Eros Grau, tem-se que o papel do Senado Federal não seria mais o de suspender, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional pelo STF no controle incidental de constitucionalidade, mas sim o de simplesmente publicar a decisão daquela Corte Suprema.

² STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 21 mar. 2010.

³ Há autores, no entanto, que defendem a sinonímia entre os termos, não concebendo praticidade no estabelecimento de distinções, como o faz Miguel Reale, ao firmar que: “parece-me destituída de significação a antiga distinção entre ‘hermenêutica’, como conjunto de processos ou regras de interpretação, e esta como aplicação daquela. Trata-se de uma distinção de

escolasticismo abstrato que não atende à natureza necessariamente concreta do ato interpretativo, inseparável dos meios dialeticamente ordenados à consecução dos fins” (REALE, Miguel. *O direito como experiência apud* BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 33).

⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1.

⁵ BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. XXXIV.

⁶ De posse desses conceitos básicos, tem-se que, para Betti: “A interpretação que interessa ao direito é uma atividade voltada a reconhecer e a reconstruir o significado a ser atribuído, na órbita de uma ordem jurídica, a formas representativas, que são fontes de avaliações jurídicas ou que de tais avaliações constituem o objeto. Fontes de avaliações jurídicas são normas jurídicas e preceitos a elas subordinados, colocados em vigor em virtude de uma competência normativa apropriada. Objeto de avaliação jurídica podem ser declarações ou comportamentos, que se desenvolvem no círculo social disciplinado pelo direito, enquanto tiverem relevância jurídica segundo as normas e os preceitos em vigor: em particular, aquelas declarações e aqueles comportamentos que tiverem, por sua vez, conteúdo e caráter preceptivo, como destinados a uma ulterior linha de conduta” (*Idem*, p. 5).

⁷ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 40-41.

⁸ Para o nazismo, como se sabe, a verdade absoluta se consubstanciava na crença de uma raça humana inferior, como os

judeus, que merecia ser exterminada. Quando não se garante o direito a um debate honesto, capaz de fazer com que as opiniões de cada participante possam ser alteradas através da argumentação jurídica, tem-se a consagração do autoritarismo, restando pouco ou nenhum espaço para a interpretação como instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais, pois de nada adianta fixar o sentido e o alcance dos mesmos se não há instâncias hábeis para garanti-los.

⁹ *Idem*, p. XLIV-XLV.

¹⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 44.

¹¹ *Idem*, p. XXXVIII.

¹² COELHO, *op. cit.*, p. 45.

¹³ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 7.

¹⁴ Art. 60, CF/88.

¹⁵ Ainda se pode apontar o limite temporal, caracterizado como a vedação à qualquer alteração formal da Constituição durante certo período de tempo definido por si mesmo, sem qualquer referência a certos fatos que se alongam no tempo, como se tem com os limites circunstanciais. A Constituição Federal de 1988 não contempla tal limite, presente na Constituição de 1824, que vedava qualquer alteração durante os quatro primeiros anos de vigência do texto.

¹⁶ Art. 3º. do ADCT: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em

sessão unicameral.”

¹⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. XVIII.

¹⁸ Evidentemente que, a essa utilização elogiável e correta das mutações podem advir deformações, caracterizadoras das mutações inconstitucionais, adiante analisadas com mais vagar.

¹⁹ BULOS, *op. cit.*, p. 54. O primeiro autor a tratar do tema foi Laband, sucedido pelo já citado Jellinek. Analisando a doutrina de ambos e, em seguida, avançando na busca pela natureza das mutações, tem-se a obra de Hsü Dau-Lin, “Mutación de la Constitución”. No Brasil, a primeira obra específica sobre o assunto foi de Anna Candida da Cunha Ferraz, “Processos informais de mudança da constituição”, tendo o tema obtido aprofundamentos também por parte de Uadi Lammêgo Bulos, na sua “Mutação constitucional”.

²⁰ Uadi Lammêgo Bulos apresenta amplo estudo sobre as modalidades de muta o constitucional, apresentando a tipologia proposta por diversos autores. Arrematando sua pesquisa no ponto, o autor, percorrendo sobre as diversas modalidades de muta o, assenta que: “Desse modo, podem ocasionar muta es constitucionais: a interpreta o, a constru o judicial, os usos e costumes, as complementa es legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias e, até mesmo, a influência de grupos de pressão. Os últimos a  apontados — os grupos de pressão — em certos momentos da vida constitucional dos Estados — influem no processo de mudança informal das constitui es. Nas sociedades hodiernas, devido ao fato de refletirem a estrutura econ mica, social, política, religiosa, cultural, são retratos fiéis das grandes paixões, provenientes de aspira es corporativas, que se desdobram em núcleos de configura o e finalidades inconfundíveis: associa es, sindicatos, entidades de

classe, partidos políticos, grupos artísticos, religiosos, filosóficos, organizações civis, militares, dentre outros. (...) No Brasil, embora não esteja prevista em legislação, é manifesta a atividade dos grupos de pressão, não raro sob o impulso dos partidos políticos, das categorias profissionais, de trabalhadores ou de servidores públicos, das organizações econômicas, privadas e públicas, das instituições de classes liberais, militantes da defesa do meio ambiente, enfim, patrono de diferentes interesses, que agem, fortemente, em favor de teses e reivindicações.” (*Op. cit.*, p. 66-68). Anna Candida da Cunha Ferraz, por sua vez, apresenta as mutações por interpretação constitucional (administrativa, legislativa, judicial, autêntica, popular e doutrinária) e por costumes constitucionais [FERRAZ, Ana Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: M. Limonad, 1986. p. 19-210 (Série Jurídica Max Limonad, n. 1)].

²¹ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública. p. 31.

²² Inocêncio Mártires Coelho, após fazer apanhado em torno do costume constitucional como fonte do Direito Constitucional em Portugal, aponta o seguinte exemplo de costume constitucional na ordem constitucional brasileira: “no Brasil, a ‘regra’ que permite se promulguem apenas ‘fatias’ de Emendas Constitucionais, assim entendidas aquelas partes de PEC’s mais amplas que, já tendo sido aprovadas nas duas Casas do Congresso Nacional, podem ser imediatamente promulgadas e integradas ao *corpus* constitucional, sem prejuízo do exame das partes ainda pendentes de deliberação final” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22).

²³ DAU-LIN, *op. cit.*, p. 36. Como exemplo, pode-se citar a situação de diversos direitos sociais previstos na CF/88, os quais,

apesar de formalmente previstos, ainda carecem de concretização para serem de fato exercidos. Sendo mais específico, basta pensar na norma que garante a divisão dos lucros da empresa com seus empregados (art. 7º, XI, da CF/88). Ante a falta de regulamentação por um contínuo espaço de tempo, pode muito bem ocorrer a citada mutação no ponto.

²⁴ Os exemplos são inúmeros. Basta pensar numa lei inconstitucional que viole, formal ou materialmente a Constituição, o que pode ocorrer também com um Decreto presidencial. Mesmo as Sentenças e Acórdãos judiciais podem padecer de tais vícios. Veja-se, por exemplo, um Acórdão que, a pretexto de não aplicar determinada disposição legal, afasta tal norma infraconstitucional sem declará-la inconstitucional de acordo com a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da CF/88. Como se sabe, tal disposição determina que a inconstitucionalidade de uma norma, no âmbito dos Tribunais, só poderá ser regularmente efetivada através do pleno ou do órgão especial do mesmo, mediante o voto da maioria absoluta dos membros respectivos. Tal procedimento, que tem sua razão de ser na presunção de constitucionalidade da norma, se não respeitada pelos Tribunais através da manobra antes descrita, configuraria verdadeira mutação inconstitucional. A fim de evitar tal estado de coisas, o STF editou a Súmula Vinculante nº 10, que assim dispõe: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

²⁵ Como exemplo, basta citar a mudança operada pelo STF, através da via interpretativa, no Mandado de Injunção (MI). Sem se alterar uma única letra do texto constitucional de regência, a interpretação anterior que reconhecia como efeito da decisão do STF somente a declaração de mora do Poder Legislativo (posição não concretista) foi superada para se reconhecer à Corte o papel

de, verdadeiramente, garantir o exercício do direito fundamental não exercitável diante da omissão legal (posição concretista, ora adotada de modo geral ora de modo individual). *Vide* MI nº 670, adotando a posição concretista geral, atribuindo eficácia *erga omnes* à decisão. Rel. Min. Maurício Corrêa. Rel. para Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 25.10.2007. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Por sua vez, o MI nº 721 adota a posição concretista individual, consagrando somente efeitos *inter partes* à decisão. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 30.08.2007. Órgão julgador: Tribunal Pleno.

²⁶ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 244.

²⁷ Sobre o caráter político das normas constitucionais, Paulo Bonavides bem explica que tal aspecto surge à medida que a norma constitucional: “rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, dispõe sobre os direitos humanos básicos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e serve, enfim, de pauta de ação aos governos, visto que no exercício de suas atribuições não podem eles evidentemente ignorá-la” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 461).

²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1211-1213. Entre tantos outros autores, Canotilho faz uma breve e didática apresentação desses métodos.

²⁹ COELHO, *op. cit.*, p. 50.

³⁰ MAGALHÃES FILHO, *op. cit.*, p. 44-45.

³¹ FERRAZ, *op. cit.*, p. 13.

³² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 37.

³³ Veja-se, por exemplo, a quantidade de questionamentos levantados por Clèmerson Merlin Clève respeitante ao tema: “(i) A quem compete comunicar ao Senado sobre a decisão do Judiciário? (ii) O ato que desafia a suspensão é aquele declarado inconstitucional por qualquer órgão do Judiciário ou apenas pelo Supremo Tribunal Federal? (iii) Dispõe, o Senado, de competência para suspender a execução de leis apenas, ou de qualquer ato normativo? (iv) Pode o Senado suspender a execução de ato normativo estadual ou municipal (ou apenas federal)? (v) Há prazo para manifestação do Senado? (vi) O ato do Senado que determina a suspensão é revogável? (vii) A manifestação do Senado possui efeitos pretéritos (*ex tunc*) ou apenas prospectivos (*ex nunc*)? (viii) Qual a natureza do ato do Senado nesta matéria? (ix) A competência do Senado abrange, além das declarações respeitantes ao controle incidental, também as declarações de inconstitucionalidade em tese? E, finalmente: (x) trata-se de competência vinculada ou discricionária?” Algumas dessas questões serão enfrentadas em pontos do texto (Clève, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 116).

³⁴ Para uma análise detida de todas essas questões, consultar: FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIn e ADC*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 137-154; Clève, *op. cit.*, p. 115-125.

³⁵ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 328.

³⁶ O MS nº 16.512 reconhece tal discricionariedade, devendo-se, no entanto, a Resolução senatorial manter-se adstrita à decisão do

STF, nesses termos assim ementados: Ementa: Resolução do Senado Federal, suspensiva da execução de norma legal cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade da segunda resolução daquele órgão legislativo, para interpretar a decisão judicial, modificando-lhe o sentido ou lhe restringindo os efeitos. Pedido de segurança conhecido como representação, que se julga procedente. MS nº 16.512. Rel. Min. Oswaldo Trigueiro. Julgamento: 25.05.1966. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

³⁷ Nicz, Alvacir Alfredo; Korikoski Junior, Antônio Cláudio. O papel do Senado Federal na jurisdição constitucional brasileira: algumas considerações sobre o artigo 52, inciso X da Constituição Federal à luz da doutrina dos efeitos vinculantes. *Revista Forense*, v. 103, n. 394, p. 19, nov./dez. 2007.

³⁸ FERNANDES, *op. cit.*, p. 144.

³⁹ Art. 50, CF/88.

⁴⁰ Nesse sentido, André Dias Fernandes aponta que: “Cuidando-se de ato revogatório do Senado, não é, ele mesmo, revogável insuladamente pelo próprio Senado. Não é, de outra parte, possível *reipristinar* a lei declarada inconstitucional cuja execução foi suspensa (= que foi revogada), a não ser que houvesse o concurso da Câmara dos Deputados. Mas nessa hipótese já não seria *revigorada* pelo Senado apenas, no exercício de sua excepcional competência legislativo *negativa*, porém sim por lei *obediente ao processo legislativo normal*” (com destaques no original). *Op. cit.*, p. 151.

⁴¹ FERNANDES, *op. cit.*, p. 138-140.

⁴² CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 441.

⁴³ Além disso, deve-se entender como definitivas somente as decisões reiteradas, a demonstrar a força do precedente firmado, evitando-se a insegurança jurídica em torno de uma única decisão, que poderia, num curto espaço de tempo, ser alterada. Evidentemente que tal reiteração será avaliada pelo Senado, a fim de se perquirir, de fato, a robustez do entendimento jurisprudencial atinente à declaração de inconstitucionalidade. Nesse sentido: CARVALHO, *op. cit.*, p. 438.

⁴⁴ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 48 *apud* Clève, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 522.

⁴⁶ BAROSSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 131.

⁴⁷ FERNANDES, *op. cit.*, p. 144-145.

⁴⁸ FERNANDES, *op. cit.*, p. 150.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004.

⁵¹ Rcl nº 4.335/AC. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Julgamento suspenso em face de pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski.

⁵² HC nº 82.959/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. *DJ*, 01 set. 2006.

⁵³ Voto do Min. Eros Grau na Rcl nº 4.335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes.

⁵⁴ JELLINEK, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁵ STRECK; OLIVEIRA; LIMA, *op. cit.*, p. 21, nota de rodapé número 17.

⁵⁶ Nesse sentido, Martonio Mont’Alverne, Lenio Streck e Marcelo Cattoni, assentam que: “Na verdade, o conceito de mutação constitucional mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha *Staatsrechtslehre* do *Reich* alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática. E não nos parece que esse fenômeno possui similaridade no Brasil” (*Op. cit.*, p. 20).

⁵⁷ BULOS, *op. cit.*, p. 91.

⁵⁸ FERRAZ, *op. cit.*, p. 213-214.

⁵⁹ ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 9-11.

⁶⁰ STRECK; OLIVEIRA; LIMA, *op. cit.*, p. 16.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 10.

⁶² Nesse sentido, partindo da busca pelo respeito à tradição, presente no voto do Ministro Eros Grau e chegando no caráter “obsoleto” do art. 52, X, tem-se que, ainda segundo Martonio Mont’Alverne, Lenio Streck e Marcelo Cattoni: “se o texto ‘mutado’ é obsoleto — como textualmente diz o Min. Eros Grau — como admitir que o Supremo Tribunal Federal “faça” outro, que confirme

a tradição? De que modo se chega a conclusão de que “um texto constitucional é obsoleto”? E de que modo é possível afirmar que, “por ser obsoleto”, o Supremo Tribunal Federal pode se substituir ao processo constituinte derivado, único que poderia substituir o texto “obsoleto”? A tradição não residiria exatamente no fato de termos adotado — e ratificado em 1988 — o sistema misto de controle de constitucionalidade? A tradição não estaria inserida na própria exigência de remessa ao Senado, buscando, assim, trazer para o debate — acerca da (in)validade de um texto normativo — o Poder Legislativo, *único que pode tratar do âmbito da vigência*, providência necessária para dar efeito *erga omnes* à decisão que julgou uma causa que não tinha uma tese, mas, sim, uma questão prejudicial?” (*Op. cit.*, p. 25). Esses brilhantes questionamentos apresentam ainda mais inconvenientes em face da mutação proposta. Esses problemas são típicos quando se tem a atuação de um Poder além dos limites constitucionalmente estabelecidos, sendo justamente isso que ocorre com o STF no ponto em estudo.

⁶³ JELLINEK, *op. cit.*, p. 7.